

DA APLICABILIDADE DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO: Dos contratos eletrônicos com bens imateriais

*Marina Graciliano Marinho de Souza*¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Internet e Comércio Eletrônico; 3. Bens Imateriais no Comércio Eletrônico; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a aplicação do direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, analisando os limites do exercício desse dispositivo no comércio eletrônico, haja vista a aplicação dos princípios da boa-fé e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Conclui-se que, apesar do texto genérico da lei, há limites que devem ser impostos quando lidamos com o direito de arrependimento no comércio eletrônico, em especial nos contratos que envolvem produtos digitais, observando-se a boa-fé e a estrutura da relação de consumo no caso concreto. Também observa-se que o meio jurídico sofreu mudanças advindas do desenvolvimento tecnológico trazido pela internet, de forma que surgiram situações em que o ordenamento jurídico brasileiro mostrou-se insuficiente em alguns aspectos. Todavia, também é observado que a atualização prevista para o Código de Defesa do Consumidor não pretende impor limites ao direito de arrependimento, além de não abarcar os conflitos já existentes.

Palavras-chave: direito do consumidor, comércio eletrônico, direito de arrependimento, boa-fé, bens imateriais, produtos digitais.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, é possível observar que desde que o homem começou a viver em sociedade já existia o comércio, até mesmo antes do surgimento da moeda, com o escambo, onde os bens eram trocados por outros bens ou serviços. Com o desenvolvimento da sociedade e da produção de bens e serviços, o comércio também foi evoluindo.

Existem momentos marcantes na história da humanidade em que se observa uma mudança rápida e exponencial das relações de comércio. A Primeira Revolução Industrial trouxe o desenvolvimento de máquinas-ferramentas. A Segunda Revolução Industrial que aconteceu no século XIX

¹ Bacharel em Direito pela UNIFBV-WYDEN.

proporcionou o surgimento das máquinas com motor movidas a carvão, o que fez com que a produção de mercadorias aumentasse muito e, conseqüentemente, o consumo de bens.

A Terceira Revolução Industrial foi a revolução tecnológica, com o surgimento do computador, do telefone e, principalmente, da internet. Alguns pesquisadores afirmam que estamos vivendo na era da Quarta Revolução Industrial², marcada pela convergência de tecnologias digitais, físicas e biológicas. Todavia, apesar de todo o crescimento tecnológico vivenciado pela sociedade, é possível identificar que o mesmo não ocorre com a legislação brasileira, em especial a legislação que lida com o comércio.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade do direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, no que tange aos contratos firmados por meio eletrônico.

Para isso, fazemos uma breve abordagem sobre o surgimento da internet, que origina de um esforço conjunto entre militares e universidades americanas sendo, posteriormente, aberta ao domínio público e rapidamente alcançando toda a sociedade.

Atualmente o número de usuários globais da internet ultrapassa a casa dos quatro bilhões³. É notório que o número sempre crescente de internautas chamou a atenção de empresas e comerciantes pela facilidade com que conseguem aumentar as suas vendas e, por conseguinte, seu lucro. Assim surge o chamado comércio eletrônico.

O consumidor é atraído pelas vantagens de comprar pela internet, principalmente pela comodidade em fazer compras sem ter que deslocar até o estabelecimento comercial e, dessa forma, passa a fazer uso constante dessa nova modalidade de comércio à distância.

Entretanto, da mesma forma que a internet traz benefícios para os

² <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>

³ <https://www.tecmundo.com.br/internet/135281-internet-usada-4-bilhoes-pessoas-mundo-aponta-estudo.htm>

consumidores, também traz desvantagens, afinal o consumidor não tem acesso direto ao produto ou serviço que está adquirindo, confiando tão somente nas informações disponíveis na oferta. Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor traz a figura do direito de arrependimento, com o intuito de proteger o consumidor que se arrepende da compra efetuada fora do estabelecimento comercial.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, inciso V, assegura a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica. Dessa forma, surge o Código de Defesa do Consumidor apenas dois anos após a promulgação da Carta Magna, visando assegurar por lei todos os direitos do consumidor.

O intuito do legislador ao inserir o artigo 49 no CDC era de equilibrar a relação de consumo no comércio à distância, que pesava mais para o lado do consumidor, haja vista esse ser a parte hipossuficiente e vulnerável da relação de consumo. Contudo, conforme veremos no decorrer deste trabalho, o CDC atualmente encontra-se defasado, não abarcando todas as possibilidades de comércio eletrônico que existem na contemporaneidade e trazendo desvantagens para os fornecedores, causando um desequilíbrio na relação de consumo.

O presente trabalho busca reconhecer que há um desequilíbrio nas relações de consumo de comércio eletrônico em decorrência do exercício do direito de arrependimento facultado ao consumidor, especialmente nos contratos com bens imateriais, o que viola o artigo 4º, III, do CDC, no que tange ao princípio da boa-fé e da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo.

Dessa forma, entende-se que devem ser impostos limites ao exercício do direito de arrependimento, com vistas a compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico.

Ademais, faz-se uma breve análise sobre projeto de modernização do

CDC, em trâmite perante o Senado Federal sob o nº PLS 281/2012, cujo texto não trará enormes avanços para a legislação consumerista em relação aos limites do direito de arrependimento, com exceção apenas aos casos de compra online de passagens aéreas.

2. INTERNET E COMÉRCIO ELETRÔNICO

De início, cabe trazer um breve histórico do surgimento da internet. Sem muitas delongas, a internet surgiu durante a Guerra Fria, nas décadas de 60 e 70, como consequência de pesquisas coordenadas pelo departamento de Defesa dos Estados Unidos juntamente com universidades dos estados da Califórnia e de Utah, que tinham como objetivo alcançar superioridade tecnológica em relação à União Soviética (LARA, 2011).

A partir da década de 1990, a internet deixou de ser exclusividade militar e passou a ser de domínio público. Isso em conjunto com a redução dos custos de microcomputadores, o acesso à tecnologia ficou mais acessível para uma parte da população global. Em meados dos anos 90, com a popularização da internet a cultura e o comércio mundiais sofreram um enorme impacto, com o surgimento da comunicação instantânea através de e-mails e mensagens instantâneas, e o surgimento de compras *online*.

No Brasil, o conceito de internet foi estabelecido na Norma nº 004/95, publicada pelo Ministério das Comunicações, que conceitua:

“Internet: nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o ‘software’ e os dados contidos nestes computadores”.

Dessa forma, a internet caracteriza-se por ser um sistema global de rede de comunicação por meio de computadores interligados, que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a outra conectada na rede, onde seus usuários trocam informações em tempo real, não pertencendo a qualquer pessoa, empresa ou ente estatal, bem como não havendo qualquer autoridade central que a regule, havendo apenas comitês gestores, que objetivam coordenar serviços, todavia estão sempre

limitados a evolução técnica (CARVALHO e CASTRO, 2017).

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística publicou em dezembro de 2018 que pela primeira vez praticamente dois terços da população do país (69,8%) possuem conexão com a internet. Isso implica dizer que em 2017, o Brasil possuiu 126,3 milhões de usuários de internet, o que significou um aumento de 10,2 milhões de usuários em comparação com 2016⁴. No mundo, esse número ultrapassa quatro bilhões de pessoas⁵.

Empresários e sociedades empresárias viram na internet uma forma de impulsionar seus negócios, através da instantaneidade, interatividade, velocidade e capacidade de comunicação, além do alcance que a internet oferece. Empresas obtiveram um gigante aumento de vendas ao oferecer seus produtos *online*. Já outros observaram a internet como uma maneira prática e vantajosa de começar seu próprio negócio.

Fábio Ulhôa Coelho (2006, p.32) conceitua comércio eletrônico como a venda de produtos, materiais ou imateriais, ou a prestação de serviços ocorrida em um estabelecimento virtual, sendo que a oferta e o contrato devem ser realizados pela transmissão e recepção de dados, havendo a possibilidade de realizar o comércio eletrônico fora da internet. O autor apresenta como exemplo de comércio eletrônico fora da internet quando o cliente utiliza de programa instalado em seu computador para acessar o computador do banco por meio telefônico sem usar a rede mundial de computadores.

Já Alberto Luiz Albertin define Comércio Eletrônico como sendo:

“(...) a realização de toda a cadeia de valor dos processos de negócio num ambiente eletrônico, através da aplicação intensa das tecnologias de comunicação e de informação, atendendo os objetivos de negócio. Os processos podem ser realizados de forma completa ou parcial, incluindo as transações negócio-a-negócio, negócio-a-cliente e intra-organizacional, numa estrutura predominantemente pública de fácil e livre acesso e baixo custo”. (ALBERTIN, 2002. p.15)

⁴ <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>

⁵ <https://www.tecmundo.com.br/internet/135281-internet-usada-4-bilhoes-pessoas-mundo-aponta-estudo.htm>

E, de acordo com Cláudia Lima Marques:

“Podemos definir comércio eletrônico de uma maneira estrita, como sendo uma das modalidades de contratação não-presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico ou via eletrônica. De maneira ampla, podemos visualizar o comércio eletrônico como um novo método de fazer negócios através de sistemas e redes eletrônicas. Lato sensu, pois o comércio eletrônico abrangeria qualquer forma de transação ou troca de informação comercial ou visando a negócios, aquelas baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação como a Internet, englobando as atividades negociais, juridicamente relevantes, prévias e posteriormente à venda ou à contratação”. (MARQUES, 2004, p. 35)

Assim, podemos concluir que o comércio eletrônico é uma relação entre fornecedores e consumidores realizado por meio eletrônico, internet ou meios de telecomunicações de massa.

Cabe pontuar que, diferentemente dos outros meios de contratação à distância, como telefone, televisão e catálogos, dentre outros, a internet propicia ao fornecedor novas formas de *marketing* agressivo, com acentuado poder de persuasão presente a todo momento que o consumidor esteja conectado e a custos reduzidos (MATTOS, 2007).

No comércio eletrônico podemos apontar três tipos de transações diferentes: empresa para empresa, ou *business to business* (B2B); consumidor para consumidor, ou *consumer to consumer* (C2C); e empresa para consumidor, ou *business to consumer* (B2C).

Primeiramente, na transação B2B, empresa para empresa, as operações comerciais são celebradas entre sociedades empresariais, geralmente relacionadas à venda de suprimentos e insumos, ou prestação de serviços (COELHO, 2011).

Posteriormente, na transação C2C, consumidor para consumidor, deparamo-nos com operações comerciais entre particulares marcadas pela não habitualidade, podendo ser ou não intermediadas por terceiros no ambiente virtual. Como exemplo de um terceiro mediador em ambiente virtual temos o Mercado Livre e a OLX. As transações são realizadas entre

particulares e, desde que não haja habitualidade por parte do vendedor, não será considerado fornecedor.

Por fim, na transação B2C, empresa para consumidor, verificamos operações entre fornecedores e consumidores, que caracterizam uma atividade fim, bem como a vulnerabilidade econômica, técnica, jurídica e informacional entre os contratantes, caracterizando, dessa forma, uma relação de consumo que enseja a aplicação da legislação consumerista (MACEIRA, 2007).

São inúmeras as vantagens para o consumidor em adquirir produtos ou serviços pela internet. A principal talvez seja a comodidade em poder realizar compras sem precisar se deslocar até um estabelecimento comercial físico, podendo pesquisar produtos diversos em vários fornecedores diferentes, bastando estar conectado à internet.

Outra vantagem que se destaca são os preços mais baixos encontrados *online* em comparação com os estabelecimentos físicos, haja vista que os fornecedores em meio eletrônico apenas necessitam de um local de distribuição, que não é considerado ponto comercial, o que diminui os custos de investimento, refletindo no preço final do produto ou serviço.

Ademais, a internet também trouxe inúmeros benefícios aos fornecedores. Como o já mencionado menor custo de investimento, Beatriz Lara, citando Manuel Castells, traz outras hipóteses de vantagens aos fornecedores no meio eletrônico:

“O investimento mais baixo contribui para que o preço do produto seja menor o que acarreta o aumento das vendas, que deixam de ser regionais e passam a ser nacionais e até mesmo mundiais. Além disso, a internet contribui com o sistema de produção. Várias empresas utilizam de redes computadorizadas em suas lojas físicas ou virtuais que enviam dados dos produtos consumidos para seus centros de criação e produção permitindo a empresa renovar seu estoque em tempo recorde, o que aumenta as vendas”. (LARA, 2011, p. 13)

Em contrapartida, se de um lado a internet trouxe vários benefícios ao consumidor, de outro, cria uma nova vulnerabilidade, a tecnológica, na qual o

fornecedor tem amplo controle informacional, técnico e de linguagem, inclusive com relação a sua identidade e localização. (MATTOS, 2007)

Assim, podemos compreender a grande importância do direito de arrependimento previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, haja vista a vulnerabilidade, a hipossuficiência e a exposição do consumidor ao *marketing* agressivo presente no comércio eletrônico.

3. COMÉRCIO ELETRÔNICO E BENS IMATERIAIS

Quando falamos de comércio eletrônico, nos referimos aos contratos firmados entre fornecedor e consumidor como contratos eletrônicos. Em geral, as transações comerciais de compra e venda efetuadas pela internet são realizadas por meio de contratos de adesão ou cláusulas gerais unilateralmente formuladas e estabelecidas pelo fornecedor, que podem ou não ser aceitos pelo consumidor (MATTOS, 2007).

Sobre esse aspecto, ensina Ricardo L. Lorenzetti:

“Diz-se que não existe um consenso baseado na justaposição de vontades, mas sim em atos unilaterais de autonomia que se manifestam sem uma fusão de vontades. Já se observou que ocorre um acordo, mas não um contrato, não há um verdadeiro consenso, nem um diálogo, já um acordo desde tipo, como o contrato efetuado por meio eletrônico, caracteriza-se pela anulação da função da língua, passando-se do diálogo ao silêncio. Uma parte oferta e a outra escolhe, havendo uma solidária unilateralidade de duas decisões; o computador apresenta a superioridade do produto, da imagem; utiliza-se uma linguagem técnica distinta da ordinária. Isso pode influir na tarefa de interpretação, já que não seria possível aplicar os dispositivos legais referentes à hermenêutica contratual, aos contratos telemáticos e nem mesmo aos usos e costumes legais, levando-se em consideração que se emprega uma linguagem técnica e simbólica carecedora de ambiguidade, pressuposto inafastável da interpretação. Numa economia como a atual, na qual a singularidade da vontade perdeu a relevância, e em que predomina o ato repetitivo e uniforme, verifica-se uma crise do negócio jurídico como instituto de auto-regulação dos interesses privados, que passa a ocupar um lugar residual, assistindo a nova fase: a da pósnegocialidade” (LORENZETTI, 2004, p. 278).

Vale destacar que os contratos eletrônicos não consistem em uma

nova modalidade contratual, são apenas contratos tradicionais celebrados por meio de transmissão eletrônica de dados e a oferta e a aceitação registradas em meio virtual (COELHO, 2006, p. 34).

Tradicionalmente, contrato é o acordo de vontades, por meio do qual se estabelecem, se modificam ou se extinguem relações jurídicas de cunho patrimonial, com a finalidade principal de permitir o intercâmbio negocial entre as pessoas, o que possibilita a circulação de bens e de serviços (BITTAR, 2004, p. 09-11).

Para Maria Helena Diniz, “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial” (DINIZ, 2008, p. 30).

Cláudia Lima Marques traz o conceito de contrato eletrônico:

“[...] Os contratos à distância no comércio eletrônico seriam apenas um subtipo dos contratos ‘automatizados’, contratos realizados diretamente com ‘computadores’ (como os contratos homebanking) ou com máquinas de respostas (como os contratos por telefone com respondedores automáticos), contratos ‘em silêncio’ ou ‘sem diálogo’ (expressão de Irti), conduzidos mais pela imagem, pela conduta de apertar o botão, do que pela linguagem. Certo é que nestes contratos há acordo de vontade, há vontade, mesmo que de adesão e ‘de conduta social típica’; logo, há contrato, mesmo que unilateralmente elaborado e muitas vezes não acessíveis ao consumidor. Há uma bilateralidade essencial, apesar da unilateralidade tão visível. Há bilateralidade de vontades, pois, apesar de o fornecedor ser ‘virtual’ e o consumidor ser ‘massificado’, apesar de oferecer e do eleger serem mais ‘automatizados’, apesar de o direito abstrair mais do plano da validade e considerar mais a confiança despertada, a declaração de oferta realizada do que a vontade interna do fornecedor, considerar mais a conduta social do consumidor do que a capacidade deste ou de quem atuou por ele ou no seu computador, há um contrato no plano da existência, juridicamente relevante, e que produzirá efeitos – e muitos – no plano da eficácia. O contrato final é ‘velho’, o método de contratação é atual, e o meio de contratação – e por vezes de cumprir a prestação imaterial – é que ‘novo’” (MARQUES, 2006, p. 111-112).

Dessa forma, podemos observar que, para que o contrato eletrônico tenha validade, ou seja, produza efeitos que possibilitem a aquisição, modificação ou extinção de direitos, deve atender os mesmos requisitos dos contratos tradicionais. Caso não atenda algum desses requisitos não produzirá efeitos, podendo ser nulo ou anulável (GONÇALVES, 2010, p. 34).

Os requisitos estão previstos no artigo 104 do Código Civil e podem ser classificados em três tipos: subjetivos, objetivos e formais. Os subjetivos, previstos no inciso I, consistem na capacidade dos contratantes, na aptidão específica para contratar e no acordo de vontades. Já os requisitos objetivos, presentes no inciso II, dizem respeito ao objeto, que deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, além de outra exigência da doutrina qual seja, o objeto do contrato deve ter valor econômico, senão não interessa ao mundo jurídico (GONÇALVES, 2010, p. 37-38). Por fim, o inciso III dispõe sobre os requisitos formais, que dizem respeito à forma, que deve ser prescrita ou não defesa em lei. Este requisito deve ser analisado em conjunto com o artigo 107 do mesmo Código que diz que “a validade da declaração não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Isto posto, é importante lembrar que os contratos eletrônicos de consumo são essencialmente uma relação jurídica de consumo e, portanto, devem obedecer aos princípios previstos no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, especialmente aos princípios da boa-fé e da harmonia dos interesses econômicos dos contratantes.

Isso implica dizer que o contrato eletrônico é norteado pela confiança entre fornecedor e consumidor, não devendo existir abuso de direito por nenhuma das partes.

Existe divergência entre os doutrinadores quanto ao momento de formação do contrato eletrônico, se é logo após a transação ou posteriormente. Isto porque existem casos em que o consumidor obtém a

confirmação da sua compra imediatamente e outros casos em que essa confirmação chega por *e-mail*, podendo levar alguns dias. Nesta última hipótese, nas situações em que a confirmação da compra for enviada e somente posteriormente recebida pelo consumidor, o contrato estará firmado a partir da data de recebimento da confirmação da compra (LIMA, 2008).

Nelson Nery Júnior defende que o prazo se inicia na data da prestação do serviço ou entrega do produto, excluindo o dia do início e incluindo o do final, por ser mais benéfico ao consumidor:

“[...] Nas vendas por correspondência, é evidente que o prazo de 7 dias só poderá começar a fluir após o recebimento do produto e não após a assinatura do contrato, pois poderá passar os 7 dias sem que o consumidor tenha sequer recebido o produto. Não há, pois, maiores dificuldades, a meu ver, com relação a essa contagem de prazo” (NERY JÚNIOR, 1992, p. 83)

Esta data é de extrema importância para a aplicação do artigo 49 do CDC. Conforme visto anteriormente, o consumidor, nos contratos eletrônicos, pode exercer o seu direito de arrependimento em até sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço.

A contagem do prazo de reflexão é clara quando a relação de consumo tem como objeto um produto. O início do prazo dá-se com o recebimento do produto pelo consumidor, afinal, a ideia central do direito de arrependimento é conceder ao consumidor a segurança jurídica de fazer compras fora do estabelecimento físico comercial, haja vista que, nesta situação, o consumidor não pode, no momento da compra, analisar, provar, testar, tocar e refletir se, de fato, aquele produto é o que o consumidor está buscando; estando à mercê das informações concedidas pelo fornecedor.

Todavia, existem situações excepcionais, nas quais a aplicação do direito de arrependimento torna a relação excessivamente benéfica ao consumidor, trazendo desvantagem ao fornecedor, o que vai de encontro aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. As normas de proteção ao consumidor, com base nos princípios dispostos no artigo 4º do CDC, buscam

o equilíbrio da relação, e não favorecer o consumidor de forma excessiva e desigual.

Como exemplos dessas situações desiguais podemos citar a desistência de compras *online* de passagens aéreas, CDs, DVDs, jogos de computador ou vídeo games, dentre outros. Percebe-se que, em todas essas hipóteses, o consumidor não se encontra em posição distinta do que se estivesse realizando a compra no estabelecimento comercial físico do fornecedor. Não existem elementos diferentes da compra *online* para a compra presencial, pois ainda que o consumidor estivesse realizando a compra presencialmente, não poderia ele analisar, provar, testar os produtos, ficando, da mesma forma, sujeito às condições ali apresentadas. Por exemplo, se o consumidor decide comprar um jogo de computador, não tem como experimentar o jogo na loja para saber se deseja realmente comprar aquele jogo. O consumidor não está em uma posição de desvantagem ao comprar tais bens no ambiente virtual em comparação ao estabelecimento físico.

Nos exemplos acima, não existe prejuízo ou desvantagem para o consumidor que compra tais bens pela internet. Dessa forma, não deveria ser aplicável o direito de arrependimento. Ademais, a figura central deste trabalho são os bens imateriais nos contratos eletrônicos. Os bens imateriais, ou digitais, não possuem existência física, ou seja, não são concretos, são “bens totalmente desmaterializados” (MARQUES, 2004, p. 103) que se incorporam ao patrimônio do consumidor tão logo realizada a transferência por meio da internet (LUCCA, 2011, p. 110).

Em que pese a atual redação do CDC não trazer disposição expressa exigindo que o consumidor devolva os produtos adquiridos, tal obrigação é inerente ao contrato. Isso porque o CDC tem como um de seus princípios a harmonização dos interesses econômicos dos participantes das relações de consumo e o equilíbrio entre consumidores e fornecedores, sempre com base na boa-fé.

Portanto, questiona-se qual a garantia que tem o fornecedor de que seu cliente, após exercer o direito de arrependimento, irá, de fato, excluir o produto digital de seu computador ou não fazer – se já não o fez – nenhuma cópia deste conteúdo para uso futuro ou distribuição. Tal ato poderia facilmente se configurar em um enriquecimento sem causa do consumidor, conforme artigos 884 a 886, do Código Civil (TEXTOR e LANGARO, 2015).

Vale lembrar que o Código de Defesa do Consumidor confere alto grau de protecionismo ao consumidor, na medida em que reconhece, como um de seus princípios, a vulnerabilidade do consumidor frente ao mercado de consumo, conforme inciso I do artigo 4º. Por isso, mesmo nos contratos eletrônicos de bens digitais, o consumidor pode exercer seu direito de arrependimento e ter seu dinheiro restituído. Tal posicionamento tem fundamento na teoria do risco do negócio, ou seja, cabe ao fornecedor, conhecendo o risco da desistência do negócio jurídico, já que tal risco integra sua atividade, buscar alternativas eficazes para minimizar eventuais prejuízos que possa vir a sofrer (MATTOS, 2007). Nunes (2011, p. 212) explica que a atividade econômica está sujeita simultaneamente ao sucesso e ao fracasso, sendo o risco uma de suas características inatas.

Contudo, como bem pontua Ricardo L. Lorenzetti, no caso de comércio eletrônico, "o direito de arrependimento deve ser considerado antifuncional nos casos de venda de bens digitais. Por esta razão, nestes casos a sua invocação deverá ser considerada abusiva" (LORENZETTI, 2004, p. 402).

Neste mesmo sentido, existe a Diretiva 2011/83/UE, promulgada pelo Conselho da União Europeia em 2011, que dispõe sobre a contratação à distância e a não aplicabilidade do direito de arrependimento em casos específicos. Dentro desses casos específicos, cabe destacar os contratos de: prestação de serviços já iniciados a execução com a concordância do consumidor; bolsas de valores; bens confeccionados de acordo com as especificações do consumidor ou que se deteriorem ou pereçam

rapidamente; gravações de áudio e vídeo, discos, programas de informática que o tenha seu selo retirado; fornecimento de jornais e revistas, com exceção de assinatura para o envio das publicações; e de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material⁶.

Ademais, Maria Eugênia Finkelstein afirma que um dos maiores problemas em exercer o direito de arrependimento é no caso de aquisição de *software*, pois a o programa é imediatamente instalado pelo consumidor após a sua compra. Assim, nos casos em que o consumidor exercer seu direito de arrependimento, como saber se o *software* foi desinstalado e, mais importantemente, como saber se o arquivo não foi copiado para uso posterior ou até mesmo por terceiro? (FINKELSTEIN, 2004, p. 277-278).

É importante salientar o princípio da boa-fé e do equilíbrio dos interesses das partes. Observa-se, mais uma vez, que o inciso III, do artigo 4º do CDC, dispõe sobre a “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico”. A proteção ao consumidor não deve obstar o desenvolvimento econômico e tecnológico nos casos em que o consumidor não esteja em desvantagem.

Neste sentido:

“[...] por ser de extrema dificuldade o controle, por parte do fornecedor, sobre os produtos digitais vendidos, necessária se faz a imposição de limites ao exercício do direito de arrependimento. Isso porque, o seu gozo discricionário causaria ao fornecedor grande insegurança, na medida em que não haveria garantias de que seu cliente viesse a se desfazer do produto digital adquirido, causando, portanto, um enriquecimento sem causa deste” (TEXTOR e LANGARO, 2015, p. 17).

Cabe aqui também traçarmos algumas considerações acerca do Decreto 7.962/2013, que dispõe sobre a contratação no comércio eletrônico, e sobre o já mencionado Projeto de Lei do Senado nº 281/2012.

O Decreto nº 7.962/13 engloba novas regras com intuito de trazer

⁶ Diretiva 2011/83/UE disponível em:
<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN>>

clareza aos serviços e produtos adquiridos pelos consumidores, como, por exemplo, endereço físico e eletrônico do fornecedor, condições integrais da oferta, bem como manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico. Contudo, quanto à matéria de direito de arrependimento, não houve mudanças significativas, apenas com relação à forma e às ferramentas utilizadas para a comunicação do direito de arrependimento.

Da mesma forma, o PLS nº 281/2012, cujo texto final já fora aprovado pelo plenário do Senado e, atualmente, encontra-se na Câmara dos Deputados aguardando aprovação, também não traz limites ao direito de arrependimento, limitando-se, apenas, a dispor sobre a forma de comunicação do arrependimento e a devolução de valores. Algumas alterações previstas pelo projeto são, de fato, importante para o desenvolvimento da legislação consumerista, como a inclusão do inciso IX no artigo 4º que prevê a promoção de padrões de produção e consumo sustentáveis, “promovendo o desenvolvimento econômico e a inclusão social, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras”.

No entanto, em se tratando especificamente da (in)aplicabilidade do direito de arrependimento, o projeto de lei permanece tão omissivo quanto o Código em vigor.

Ademais, é importante destacar as Emendas nº 25 e 26 ao PLS nº 281/2012, ambas de autoria do Senador Antonio Carlos Rodrigues. Tais emendas visavam incluir o parágrafo décimo ao artigo 49 do CDC, que trazia as hipóteses de inaplicabilidade do prazo de reflexão, tal como já regulado pela União Europeia na Diretiva 2011/83/UE, mencionada anteriormente, conforme abaixo:

“Emenda nº 25 ao PLS nº 281/2012

§ 10º O direito de arrependimento não é aplicável para o comércio de produtos e serviços exclusivamente digitais, que são entregues ou prestados eletronicamente, não havendo entrega de produtos ou prestação de serviços por meio físico.”

“Emenda nº 26 ao PLS nº 281/2012

§ 10º. O direito de arrependimento não é aplicável para a contratação dos seguintes produtos ou serviços, salvo acordo em contrário:

- I - serviços cuja execução tenha tido início, com o acordo do consumidor, antes do prazo fixado no *caput* do art. 49;
- II - gêneros alimentícios;
- III - produtos personalizados, confeccionados de acordo com as especificações do consumidor;
- IV - jornais, revistas e livros, com exceção dos contratos de assinatura para o envio dessas publicações;
- V - mídias com gravações de áudio, vídeo e *softwares* a que o consumidor já tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade;
- VI - contratos celebrados em hasta pública; VII - bilhetes aéreos.”

A justificativa para essas emendas é justamente o disposto neste trabalho, considerando como antifuncional ou mesmo abusivo a aplicabilidade do artigo 49 nesses casos, aduzindo que é importante restringir o direito de arrependimento nas hipóteses em que a própria natureza do contrato não permite o exercício do direito de arrependimento.

Não obstante, a Emenda nº 25 foi rejeitada sob a justificativa de que a jurisprudência e as práticas comerciais devem fazer a adaptação desse direito de arrependimento à realidade brasileira. A Emenda nº 26 também foi rejeitada, com exceção apenas no que diz respeito a limitar o direito de arrependimento em bilhetes aéreos, que deu origem ao artigo 49-A do PLS 281/12.

“Art. 49-A. Sem prejuízo do direito de rescisão do contrato de transporte aéreo, antes de iniciada a viagem, nos termos do art. 740, § 3º, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), o exercício do direito de arrependimento do consumidor de passagens aéreas poderá ter seu prazo diferenciado, em virtude das peculiaridades do contrato, por norma fundamentada das agências reguladoras.

Parágrafo único. A regulamentação prevista no *caput* deverá ser realizada no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após a entrada em vigor desta Lei.”

A Agência Nacional de Aviação Civil já havia emitido a Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016, que entrou em vigor em 14 de março de 2017, estabelecendo prazo máximo de 24 horas para os consumidores que desejassem rescindir o contrato eletrônico de compra e venda de passagem

aérea.

“Art. 11. O usuário poderá desistir da passagem aérea adquirida, sem qualquer ônus, desde que o faça no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, a contar do recebimento do seu comprovante.

Parágrafo único. A regra descrita no *caput* deste artigo somente se aplica às compras feitas com antecedência igual ou superior a 7 (sete) dias em relação à data de embarque”.

Apesar disso, tal Resolução não conseguiu uniformizar a jurisprudência que, atualmente, ainda se mostra bastante dividida quanto ao exercício do direito de arrependimento na compra *online* de passagens aéreas, conforme ementas colacionadas abaixo:

RECURSO INOMINADO. JUIZADO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PASSAGEM AÉREA. **CANCELAMENTO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO PRAZO DE 07 DIAS, EM CASO DE COMPRA DE PASSAGEM AÉREA PELA INTERNET. COBRANÇA DE TAXA DE CANCELAMENTO ABUSIVA.** RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ; ART. 14 DO CDC. RESTITUIÇÃO SIMPLES. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. SENTENÇA REFORMADA PARA REDUZIR O MONTANTE RELATIVO AOS DANOS MORAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Número do Processo: 80004169720178050104, Relator (a): LEONIDES BISPO DOS

SANTOS SILVA, 6ª Turma Recursal, Publicado em: 03/05/2019) (TJ-BA 80004169720178050104, Relator: LEONIDES BISPO DOS SANTOS SILVA, 6ª Turma Recursal, Data de Publicação: 03/05/2019 – grifo nosso)

RECURSO INOMINADO. CANCELAMENTO DE PASSAGENS AÉREAS. RETENÇÃO DE VALORES PELA COMPANHIA A TÍTULO DE PENALIDADE PELO CANCELAMENTO. INAPLICABILIDADE DO DIREITO AO ARREPENDIMENTO. **Não tem aplicabilidade, em se tratando de compra de passagens aéreas pela internet, o prazo de sete dias previsto no artigo 49 do CDC, tendo em vista que as peculiaridades do serviço, bem como o que pode vir a oferecer ao comprador, são conhecidas desde o momento da contratação, diferentemente do que ocorre na compra de produto de forma não presencial, quando então o consumidor pode, em tese, ser surpreendido com características diversas da pretendida** (exemplo: cor, tamanho, funcionalidades, etc). Caso em que não se cogita da possibilidade de compra por impulso, já que a própria

consumidora afirmou que a aquisição dos bilhetes aéreos ocorreu para a realização de concurso público em outro estado. Resolução nº 400/2016 da ANAC que estipula o prazo de 24 horas para desistência da compra de passagens, a contar do recebimento do respectivo comprovante. Taxa de reembolso de 35% expressamente prevista no site da demandada, fl. 83, de acordo com a modalidade da passagem adquirida. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71007925548, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator:... Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Julgado em 26/09/2018). (TJ-RS - Recurso Cível: 71007925548 RS, Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Data de Julgamento: 26/09/2018, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/09/2018 – grifo nosso)

Observa-se, dessa forma, que ao rejeitar as propostas de emenda de limites ao exercício do direito de arrependimento, o legislador esquivava-se da sua função de legislar, transferindo tal responsabilidade para um sistema judiciário já lento e abarrotado de processos.

Outrossim, em se tratando de matéria de regulamentação da relação de consumo, cabe salientar que recentemente foi publicado o Código Estadual de Defesa do Consumidor de Pernambuco, Lei nº 16.559, de 15 de janeiro de 2019, que entrou em vigor em 16/01/2019. Este código trata-se de um consolidado de disposições e leis federais sobre as relações consumeristas sem, contudo, trazer normas distintas ao comércio eletrônico ou direito de arrependimento, haja vista que é competência privativa da União legislar sobre direito do consumidor, conforme art. 22 da Constituição Federal.

Percebe-se que a legislação consumerista brasileira não é capaz de acompanhar a de outros países que tanto inspiraram o direito brasileiro, a respeito da União Europeia, abstendo-se de sua função essencial, qual seja a elaboração das leis que regulam o Estado, a conduta dos cidadãos e das organizações públicas e privadas, e valendo-se de um judiciário moroso e saturado de questões que poderiam ser resolvidas pela iniciativa do legislativo.

4. CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor foi criado em 1990 com o intuito de assegurar a defesa do consumidor, conforme elencado como princípio constitucional da ordem econômica, previsto no artigo 170 da Constituição Federal.

A defesa do consumidor parte do pressuposto de que este é a parte vulnerável e hipossuficiente da relação de consumo. Embora isso seja verdade para grande parte das relações consumeristas, percebe-se que com o crescimento exponencial das vendas pela internet, a vulnerabilidade e hipossuficiência devem dar lugar à harmonia dos interesses das partes.

A relação jurídica de consumo deve ser regida pelo princípio da boa-fé objetiva em conjunto com o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, previstos no artigo 4º, III, do Código de Defesa de Consumidor. A boa-fé deve ser observada não só pelos fornecedores, mas também pelos consumidores.

Observou-se que os contratos eletrônicos são contratos tradicionais firmados por meio eletrônico e, portanto, devem obedecer a todos os requisitos previstos no direito civil, quanto ao agente capaz, objeto lícito e possível, e forma prescrita ou não defesa em lei.

Como no comércio eletrônico o consumidor não tem acesso direto ao produto e serviço, se encontrando numa posição de vulnerabilidade, confiando apenas nas informações passadas pelo fornecedor, a defesa do consumidor vem através do artigo 49 do CDC, ao garantir o direito de arrependimento nas compras feitas fora do estabelecimento comercial.

À época em que o Código fora criado, as compras feitas fora do estabelecimento comercial consistiam em compras por telefone, catálogo e vendas de porta em porta. Essa modalidade de venda combinada com *marketing* agressivo estimulava o consumidor a comprar por impulso. Assim, o CDC prevê sete dias como prazo de reflexão.

Todavia, em se tratando especificamente de comércio eletrônico atual, ou *e-commerce*, em que as compras são feitas quase que em sua totalidade

pela internet, utilizando um computador ou dispositivo móvel (como celular ou *tablet*), não são todos os casos em que o consumidor se encontra numa posição de vulnerabilidade. Pelo contrário, o fornecedor acaba se tornando o elo mais frágil da relação de consumo desequilibrada.

Nos casos de contratos eletrônicos de consumo de bens imateriais, não há vulnerabilidade do consumidor, pois não há diferença entre a aquisição do produto de forma *online* ou presencial. Na verdade, na compra *online* o consumidor aproveita do benefício de comprar sem sair de casa, ou sem ter que se deslocar até o estabelecimento comercial físico.

Permitir que o consumidor exerça o direito de arrependimento em contratos eletrônicos com produtos digitais causa um desequilíbrio na relação de consumo, eis que, pelo fato do produto ser digital, o consumidor não teria como avaliar o produto fisicamente, ainda que a compra ocorresse no estabelecimento comercial.

O que existe, na verdade, é uma brecha jurídica para consumidores agirem de má-fé, abarcados pela proteção jurídica do direito de arrependimento, pois um cliente pode facilmente comprar um livro digital pela internet, copiar o arquivo para o seu computador e, em seguida, se “arrepender” da compra, requerendo a devolução de todos os valores pagos.

Deparando-se com esta brecha jurídica, o legislador deveria trabalhar no sentido de corrigir esta norma genérica e faltosa, como bem fez a União Europeia desde 1997 com Diretivas a respeito da limitação do direito de arrependimento.

O projeto de modernização do Código de Defesa do Consumidor tanto esperado, todavia, ainda é totalmente omissos quanto a limitar esse dispositivo legal, sob a justificativa de que as limitações devem ocorrer na prática, através da solução de conflitos pelo judiciário.

O que se observa, dessa forma, é que a legislação consumerista brasileira não é capaz de acompanhar o constante desenvolvimento do comércio eletrônico, preferindo elaborar normas jurídicas genéricas e omissas,

do que se espelhar em modelos internacionais de legislação de consumo que aparentam caminhar no caminho certo.

5. Referências

ALBERTIN, Alberto Luiz. Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito dos contratos e dos atos unilaterais. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, 1988. Disponível em Acesso em 08.Junho.2019.

_____. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, 2013. Disponível em Acesso em 08.Junho.2019.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, 1990. Disponível em Acesso em 08.Junho.2019.

_____. PLS n. 281, de 2012, 2012. Disponível em Acesso em 08.Junho.2019.

_____. Norma 004/95 (Uso de meios da rede pública de telecomunicações para acesso à internet). Disponível em: http://www.anatel.gov.br/hotsites/Direito_Telecomunicacoes/TextoIntegral/AN_E/prt/minicom_19950531_148.pdf>. Acesso em 08.Junho.2019.

CARVALHO, Kelly Caroline de. CASTRO, Renata Romani . A Proteção Jurídica do Consumidor no Comércio Eletrônico. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. ISSN 1983-4225 – v. 12, n.1, jul. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, v. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Curso de direito comercial: direito de empresa. 12. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIRETIVA 2011/83/UE disponível em:<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN>> Acesso em 08. junho. 2019.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Aspectos jurídicos do comércio eletrônico. Porto Alegre: Síntese, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: parte geral. v.1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LARA, Beatriz Furtado. O Direito de Arrependimento nos Contratos Eletrônicos de Consumo. Dissertação (dissertação em Direito) - Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2011.

LIMA, Rogério Montai de. Relações Contratuais na Internet e Proteção do Consumidor. São Paulo: Nelpa, 2008.

LORENZETTI, Ricardo L.. Comércio Eletrônico. São Paulo: RT, 2004.

LUCCA, Newton de. Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACEIRA, Irma Pereira. A Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico. São Paulo: RCS, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de defesa do consumidor. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATTOS, Analice Castor de. Aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônicos. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC Paraná. Curitiba, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 3, 1992.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEXTOR, João Batista Nicoli. LANGARO, Maurício Nedeff . O Direito de Arrependimento do Consumidor no Comércio Eletrônico de Produtos Digitais. VIII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. 2015